

University of Groningen

Een nietig huwelijk, maar (nog) geen nietig testament

ter Haar, J.H.M.

Published in:
 Tijdschrift Erfrecht

DOI:
[10.5553/TE/187416812018019001001](https://doi.org/10.5553/TE/187416812018019001001)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 ter Haar, J. H. M. (2018). Een nietig huwelijk, maar (nog) geen nietig testament. *Tijdschrift Erfrecht*, 2018(1), 1-7. <https://doi.org/10.5553/TE/187416812018019001001>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Een nietig huwelijk, maar (nog) geen nietig testament

Mr. J.H.M. ter Haar*

1 Inleiding

Op 5 oktober 2017 verwierp het Gerechtshof 's-Hertogenbosch het hoger beroep tegen de nietigverklaring van een huwelijk.¹ Het betrof een huwelijk van een 70-jarige vrouw die ten tijde van de huwelijksvoltrekking leed aan de ziekte van Alzheimer. De zaak trok de aandacht van de media en is onder andere interessant omdat het de kinderen van de vrouw waren die op grond van artikel 1:69 van het Burgerlijk Wetboek (BW) om de nietigverklaring verzochten.² Het is voor bloedverwanten in neergaande lijn pas sinds 1 april 2014 mogelijk tijdens leven van een gehuwde nietigverklaring van het huwelijk te verzoeken. Voorheen waren daartoe alleen bloedverwanten in opgaande lijn, de echtgenoten zelf of het Openbaar Ministerie bevoegd. Van kinderen werd aangenomen dat zij hiertoe slechts bevoegd waren als het huwelijk was ontbonden. De wetgever achtte het niet wenselijk dat zij zich mengden in een bestaand huwelijk.³ Het huwelijk in onderhavige zaak was niet de enige rechtshandeling die onder vuur kwam te liggen. De vrouw maakte kort na het huwelijk een testament, waarin zij haar nieuwe echtgenoot tot enig erfgenaam benoemde. Een verzoek van de curator van de inmiddels

onder curatele gestelde vrouw tot goedkeuring voor de herroeping van haar testament werd echter door de kantonrechter afgewezen. De kantonrechter achtte zich voorts niet bevoegd tot nietigverklaring van het testament.⁴ De zaak was aanleiding voor Kamervragen, die zich hoofdzakelijk richtten op de toetsing van de wilsbekwaamheid door de notaris.⁵ De problematiek die in deze casus speelt, is actueel vanwege de toenemende vergrijzing en het daarbij horende risico van financieel misbruik van ouderen met dementie. De vraag is of het gerechtvaardigd is dat een huwelijk van een persoon die niet in staat was zijn wil te bepalen tijdens zijn leven nietig verklaard kan worden, terwijl een door deze persoon gemaakte uiterste wilsbeschikking gedurende zijn leven niet aantastbaar is. In deze bijdrage doe ik een aanbeveling voor een hanteerbare oplossing.

2 De onderhavige zaak

De vrouw in onderhavige zaak heeft de man (die vijftien jaar jonger was) in 2011 leren kennen via een contactadvertentie. Twee weken na de eerste ontmoeting is de man bij de vrouw ingetrokken. Kort nadat in september 2015 door een geriater bij de vrouw langer bestaande cognitieve functiestoornissen in het kader van dementie zijn geconstateerd, wordt het contact tussen de vrouw en haar kinderen verbroken. In november 2015 zijn de man en de vrouw met elkaar gehuwd. Enkele maanden daarna heeft de vrouw een testament gemaakt, waarin zij

* Mr. J.H.M. ter Haar is universitair docent notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. De auteur dankt mr. Geeske Tuinstra en prof. Leon Verstappen voor hun reflectie op een eerdere versie van dit artikel.

1. Hof 's-Hertogenbosch 5 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4219.

2. Zie www.rtnieuws.nl/gezin/dementie-vaak-niet-herkend-opeens-was-moeder-getrouwd-en-waren-zij-onterfd.

3. Zie Asser/De Boer 1* 2010/167. Er werd van uitgegaan dat kinderen vielen in de categorie personen die daarbij een onmiddellijk rechtsbelang hebben (zie art. 1:69 lid 1 sub c BW).

4. Rb. Zeeland-West-Brabant 8 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5079.

5. Zie voor de Kamervragen van het Kamerlid Van Dam (CDA) en de beantwoording daarvan door de minister voor Rechtsbescherming, de brief van 10 november 2017, kenmerk 2142511.

haar echtgenoot tot enig erfgenaam heeft benoemd. De geestelijke toestand van de vrouw ging vervolgens zeer snel achteruit.

Op 6 december 2016 wordt het huwelijk op verzoek van de dochters door de rechtbank nietig verklaard, omdat is komen vast te staan dat de geestesvermogens van de vrouw ten tijde van het sluiten van het huwelijk reeds zodanig waren gestoord dat zij niet in staat was haar wil te bepalen en de betekenis van haar verklaring te begrijpen.⁶ Interessant is dan nog de vraag of de man ten tijde van de huwelijksluiting te goeder trouw was ter zake van het huwelijksbeletsel. In dat geval zou de nietigverklaring ten aanzien van de man namelijk dezelfde gevolgen hebben als een echtscheiding (art. 1:77 lid 2 sub b BW), waardoor hij ondanks de nietigheid van het huwelijk toch zou delen in de (fictieve?) huwelijksgemeenschap en hij ook aanspraak zou kunnen maken op partneralimentatie. De rechtbank meende echter dat van goede trouw geen sprake was, omdat de man kennelijk wist van de problemen rondom de geestelijke gesteldheid van de vrouw.

Het hof kwam op basis van de feiten tot dezelfde conclusie als de rechtbank. Voor de overwegingen die leidden tot de verwerping van het hoger beroep verwijs ik graag naar de uitspraak zelf. Opvallend is dat hoewel de uitspraak uitsluitend het huwelijk betreft, het hof ook het testament van de vrouw in zijn overwegingen betrok. Het hof constateerde dat de onterving van de kinderen op geen enkele manier paste bij eerder gemaakte keuzes in haar leven en de relatie die zij met haar kinderen had tot medio september 2015. Volgens het hof waren op geen enkele manier feiten of omstandigheden gesteld of gebleken waaruit kon worden afgeleid dat de vrouw bewust en overtuigd deze erfrechtelijke keuzes heeft gemaakt.

3 De uiterste wil en de kantonrechter

Op 16 december 2016 is de vrouw in onderhavige casus onder curatele gesteld. Nog voordat het hof zich in hoger beroep heeft uitgesproken over de geldigheid van het huwelijk, heeft de curator de kantonrechter op grond van artikel 4:55 lid 2 BW verzocht om de vrouw of de curator zelf te machtigen het op 14 januari 2016 verleden testament van de vrouw te herroepen.

De kantonrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant wees op 8 augustus 2017 het verzoek af omdat de vrouw niet in staat was de gevolgen van het maken van een uiterste wil te overzien.⁷ De kantonrechter oordeelde tevens dat het niet mogelijk is het herroepen van de uiterste wil over te laten aan een ander dan de testa-

teur of testatrice zelf, zodat ook de curator geen toestemming kreeg namens de curanda te testen.

De curator verzocht de kantonrechter subsidiair om op grond van artikel 3:34 BW voor recht te verklaren dat voormeld testament nietig is of meer subsidiair dit testament te vernietigen. De kantonrechter achtte zich hier toe echter niet bevoegd. Hij constateerde dat de procedure tot het verkrijgen van een verklaring voor recht en de procedure om te komen tot vernietiging van een rechtshandeling dagvaardingsprocedures betreffen. Dit betekent dat de kantonrechter bij verwijzing op grond van artikel 71 lid 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) instructies dient te geven met betrekking tot de vraag wie moet worden gedagvaard. Nu de vrouw nog niet is overleden, is er volgens de kantonrechter echter geen sprake van een aanwijsbare ‘tegenpartij’. De dochters van de vrouw dienen daarom te wachten tot hun moeder is overleden, alvorens zij de geldigheid van de uiterste wil aan de rechter ter toetsing kunnen voorleggen. Daarbij dienen ze dan de in het testament benoemde erfgenaam te dagvaarden. De kantonrechter adviseerde de curator maritaal beslag te leggen op de huwelijksgemeenschap tot het hof zich over nietigheid van het huwelijk heeft uitgesproken. De dochters werden eveneens gewezen op de mogelijkheid van beslag, dat zij na het overlijden van hun moeder zouden kunnen leggen op de nalatenschap ‘om te voorkomen dat de nalatenschap van de curanda direct in rook op zal gaan’.⁸ De uitspraak is in lijn met de gedachte dat de mogelijkheid om nietigverklaring of vernietiging van een uiterste wil van een nog levende testateur te vorderen niet past in het systeem der wet.⁹

4 Vergelijkbare problematiek

De problematiek van ouderen die om financiële redenen worden bewogen tot een huwelijk en het maken van testamenten is bekend. Een vergelijkbaar geval als onderhavig kreeg ruim tien jaar geleden veel aandacht in de media, toen het boek *Ik laat je nooit in de steek* van Philip Kooke verscheen.¹⁰ Kooke schreef over zijn vader die nadat hij alzheimer kreeg door een ‘vriendin’ bewogen werd tot het aangaan van een huwelijk en het maken van een testament, waarin zij tot enig erfgename werd benoemd. Naar aanleiding van een klacht van de kinderen kreeg de notaris die de testamenten (en huwelijksvoorwaarden) passeerde een waarschuwing opgelegd, die in hoger beroep in stand bleef. Het Gerechtshof Amsterdam concludeerde dat de notaris bij de beoorde-

6. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:7679.

7. Rb. Zeeland-West-Brabant 8 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5079.

8. Mijns inziens is verdedigbaar dat bij het openvallen van de nalatenschap art. 4:52 BW van analoge toepassing is, zodat de nieuwe echtgenoot niet kan erven. In casu was overigens sprake van een subsidiaire erfstelling ten behoeve van een derde, voor de dochters – en naar hun zeggen ook voor hun moeder – onbekende persoon.

9. Zie Asser/Perrick 4 2017/167 met verwijzing naar Rb. Breda 15 februari 1994, NJ 1994/ 771.

10. P. Kooke, *Ik laat je nooit in de steek*. Hoe mijn vader alzheimer kreeg en veranderde van patiënt in prooi, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2007.

ling van de wilsbekwaamheid van de vader een arts met genoegzame kennis op het gebied van de ziekte van Alzheimer had moeten raadplegen, omdat hij al enige tijd wist dat de testateur aan alzheimer leed.¹¹

Het spreekt voor zich dat het aangaan van een huwelijk door een persoon op leeftijd zonder voorafgaande instemming van zijn kinderen in principe legitiem is, ook als dit huwelijk wordt aangegaan om zuiver financiële redenen. Hetzelfde geldt voor het maken van een testament waarin kinderen worden onterfd. Het is echter voorstelbaar dat als de nieuwe partner en de kinderen elkaar totaal niet liggen, het financiële voordeel dat de partner ten deel valt bij de kinderen als onrechtvaardig aanvoelt. Dat het erfrecht (in de vorm van een niet-opeisbare legitieme portie) de kinderen nauwelijks tegemoetkomt, wakkert hun weerzin vermoedelijk alleen maar aan. Dit neemt niet weg dat objectief gezien van onrecht geen sprake hoeft te zijn. Van onrecht is wel sprake als een wilsonbekwame door een derde (onder wie zijn nieuwe partner) tot het aangaan van een huwelijk en het maken van een uiterste wil wordt bewogen met het oogmerk daaruit zelf voordeel te trekken.

De publiciteit rondom de zaak van Kooke heeft ertoe geleid dat er vanuit de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) nieuwe aandacht is gekomen voor de wilscontroleerende taak van de notaris. De wilscontroleerende rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand bleef in deze zaak overigens ten onrechte onderbelicht. De huwelijksvermogensrechtelijke en erfrechtelijke gevolgen van een huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn minstens zo verstrekkend als het maken van een testament.¹²

5 Wilscontrole

In onderhavige zaak onderkent het hof, evenals de rechtbank, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris geen deskundigen zijn, ‘in die zin dat van hen verwacht kan worden (vroeg) symptomen van een dementieel beeld nota bene bij een eenmalig, althans beperkt contact te herkennen’.¹³

Bij beginnende dementie kan men zich voorstellen dat de testateur de schijn van wilsbekwaamheid kan ophouden, terwijl hij feitelijk niet meer in staat is zelf zijn wil te bepalen en zeer vatbaar is voor beïnvloeding door derden. De notaris kan hierdoor onvoldoende aanleiding zien het door de KNB ontwikkelde stappenplan te doorlopen, waardoor hij onder andere aan een verdergaande

toets van de geestgesteldheid van de testateur door een VIA-deskundige niet toekomt.

Overigens is goed denkbaar dat in gevallen waarin het overlijden van een cliënt nabij is, notarissen bij twijfel over de wilsbekwaamheid van de cliënt toch tot passeren overgaan. De gedachte hierachter is dat een ten onrechte gepasseerd testament na overlijden van de testateur nog altijd aan te vechten is, terwijl een onterechte dienstweigerig na overlijden van de testateur niet meer gecorrigeerd kan worden.¹⁴

De uitbreiding van de bevoegdheid voor kinderen tot het doen van een verzoek tot nietigverklaring van een huwelijk ziet blijkens de memorie van toelichting met name op een situatie waarin sprake is van een ouder die zijn wil niet meer kan verklaren, terwijl het wilsgebrek voor de ambtenaar van de burgerlijke stand niet kenbaar was.¹⁵ Voor het tijdens leven aantasten van een onder invloed van een wilsgebrek tot stand gekomen uiterste wil biedt de wet vooralsnog geen mogelijkheid. Zoals gezegd wijst in onderhavig geval de kantonrechter zowel de mogelijkheid tot herroeping door een curator als de nietigverklaring van de hand. Op beide mogelijkheden ga ik hierna in.

6 Het herroepen van een uiterste wil door een curator

6.1 De wettelijke regeling

Een onder curatele gestelde kan met toestemming van de kantonrechter een uiterste wil maken, mits hij in staat is zijn wil ter zake te verklaren (art. 4:55 lid 2 BW). Omdat een uiterste wil een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is, kan deze in ons recht echter niet door middel van vertegenwoordiging tot stand komen (art. 4:42 BW).¹⁶ Deze hoofregel is begrijpelijk, maar niet vanzelfsprekend. In de literatuur is met name door Jansen meer dan eens de vraag opgeworpen waarom een testateur een ander niet de bevoegdheid zou kunnen geven in de situatie dat hij niet meer wilsbekwaam is zijn uiterste wil ongedaan te maken.¹⁷ Overigens wordt in enkele landen de wettelijke vertegenwoordiger wel de mogelijkheid geboden namens een wilsonbekwame te testen.¹⁸ F. Schols, die zich uitgebreid in deze materie heeft verdiept, is pleitbezorger van een debat over vertegenwoor-

3

11. Hof Amsterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646.

12. De rechter in eerste aanleg in onderhavige zaak spreekt van een complexe beslissing, leidend tot verregaande gevolgen van emotionele, juridische, financiële en fiscale aard, zowel tijdens alsook na het einde van het huwelijk (zie r.o. 2.10). Opmerking verdient dat sinds 1 januari 2018 de vermogensrechtelijke gevolgen van het aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap zonder het maken van huwelijks- of partnerschapsvoorwaarden beperkt zijn.

13. R.o. 3.20.

14. De hoogste tuchtrechter sanctioneert deze handelwijze in principe, zie Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5353, r.o. 6.2; de notaris moet zich dan wel achteraf kunnen verantwoorden.

15. Kamerstukken II 2012/13, 33526, 3, p. 3.

16. Zie Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 216 (MvA). Zie voorts stelling Asser/De Boer 1* 2010/1105.

17. Zie hierover I. Jansen, De hoogstpersoonlijke rechtshandeling, in het bijzonder de uiterste wilsbeschikking, in: Yin-Yang. Vriendenbundel Van Mourik, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 119. Zie ook I. Jansen, ‘Curatele, geestelijke stoornis en testeerbevoegdheid’, Editorial, *FJR* 1992, p. 73-74..

18. Het Engelse, Australische en Nieuw-Zeelandse recht kennen een dergelijke mogelijkheid. Zie F.W.J.M. Schols, De erfrechtelijke IPR-cautio? Näherberechtigung en ‘retorsie’ in het internationale erfrecht, *WPNR* 2010/6836, p. 236-343.

digingsmogelijkheden op het testamentaire vlak.¹⁹ Terecht oppert hij dat mocht een regeling al gewenst zijn, curatele en een ‘algeheel’ meerderjarigenbewind in beginsel het kader zouden moeten zijn waarbinnen een eventuele testamentaire vertegenwoordiging plaats zou moeten vinden.²⁰

Bekijken we de internationale normen waaraan Nederland zich conformeert, dan is Aanbeveling R (99) 4 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa ‘on principles concerning the legal protection of incapable adults’ interessant. Uit het commentaar bij de aanbeveling kan worden opgemaakt dat het aan de lidstaten zelf is om uit te maken welke rechtshandelingen zodanig hoogstpersoonlijk zijn dat zij niet door een vertegenwoordiger verricht kunnen worden. De onmogelijkheid van vertegenwoordiging bij het maken van een uiterste wil is hiermee dus niet in strijd, maar evengoed biedt de Aanbeveling ook ruimte voor een regeling waarin een wettelijke vertegenwoordiger onder nader te bepalen omstandigheden wel namens een te beschermen persoon een testament kan maken of herroepen.²¹

Vermeldenswaardig is overigens artikel 12 lid 4 van het in juli 2016 door Nederland geratificeerde VN-Verdrag voor de rechten van personen met een handicap. Deze bepaling roept de lidstaten op te waarborgen dat alle maatregelen die betrekking hebben op de uitoefening van handelingsbekwaamheid voorzien in passende en doeltreffende waarborgen om misbruik te voorkomen. Deze bepaling van het verdrag ziet vooral op waarborgen tegen misbruik door vertegenwoordigers als gevolmachtigden, curatoren, bewindvoerders en mentoren. De mogelijkheid een uiterste wil die onder invloed van financieel misbruik tot stand is gekomen spoedig op adequate wijze te corrigeren, lijkt mij hoe dan ook passend in de geest van deze bepaling.

6.2 Uitspraak Rechtbank Midden-Nederland

In een zaak die veel overeenkomsten vertoont met onderhavige vond de curator *mel* gehoor bij de kantonrechter. Het betreft de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 26 november 2014.²² In deze zaak ging het om een vrouw van 78, die in 2008 gehuwd was met haar achterneef van 21 jaar. In een testament, dat enkele maanden voor de huwelijksvoltrekking is gepasseerd, benoemde de vrouw deze achterneef tot enig erfgenaam. Ook in deze zaak bleek achteraf dat de vrouw al langere tijd leed aan alzheimer. Het huwelijk werd in 2011 op verzoek van het Openbaar Ministerie in

het licht van artikel 1:32 BW door de rechtbank nietig verklaard. De beschikking bleef in hoger beroep in stand en het cassatieberoep werd verworpen.²³ De curator verzocht vervolgens de kantonrechter hem machtiging te verlenen de uiterste wilsbeschikking van de vrouw, voor zover deze door beïnvloeding van de achterneef tot stand is gekomen, te herroepen.

Op grond van een toets aan artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (recht op respect voor privéleven) en artikel 1 Eerste Protocol EVRM (recht op ongestoord genot van eigendom) kwam de kantonrechter tot een toewijzing van het verzoek. De kantonrechter constateerde dat het erfrecht (mede) een belangrijk onderdeel vormt van door artikel 8 EVRM te beschermen privéleven en persoonlijke integriteit en was van mening dat de wet de onder curatele gestelde in casu onvoldoende bescherming geeft. Zij heeft er een groot belang bij dat haar testament wordt herroepen en dat niet haar (wettelijke) erfgenamen worden opgezaald met de last om het testament na haar overlijden aan te tasten. De kantonrechter vond het niet acceptabel dat de onder curatele gestelde het risico loopt dat de versterferfgenamen – om wat voor reden ook – de keuze maken om aantasting (in rechte) achterwege te laten, waardoor de achterneef, die volgens de uitspraak van het hof inzake de nietigverklaring van het huwelijk te kwader trouw bleek en de testatrice manipuleerde, enig erfgenaam zou blijven. De kantonrechter achtte het overigens van belang dat de gevraagde toestemming slechts ziet op de herroeping van het bestreden testament en niet op het opmaken van een andere uiterste wil. Hij meende uiteindelijk dat de voorwaarde van artikel 4:55 lid 2 BW, dat de onder curatele gestelde de gevolgen van de uiterste wilsbeschikking overziet, in casu buiten toepassing moest blijven.

Stille, die de uitspraak in WPNR van commentaar voorzag, is kritisch en meent dat deze niet in lijn is met de hiervoor genoemde Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.²⁴ Voorts is Stille geneigd een met machtiging van de curator gemaakte uiterste wil als ongeldig te beschouwen. De machtiging voor het herroepen van een testament is niet in de wet geregeld en het feit dat de rechter de machtiging wel verleent, betekent zijns inziens nog niet dat een ‘gedelegeerde uiterste wilsbeschikking’ ook rechtens bestaat. Daarbij komt dat de gedelegeerde uiterste wil niet past binnen het gesloten stelsel van artikel 4:42 BW. De twijfels van Stille zijn begrijpelijk en naar mijn mening ook terecht. Desalniettemin is de beschikking van de kantonrechter een dappere poging om het ontstane onrecht te corrigeren.

19. Zie met name F.W.J.M. Schols, Het ontbreken van de uiterste wil. Wills for persons lacking capacity; een eerste gedachte, TPR 2009, p. 143-227. Zie ook E.M.A. van Amersfoort, De uiterste wilsbeschikking als hoogstpersoonlijke rechtshandeling een bijzondere rechtsfiguur?, WPNR 2014/7027, p. 685-692 en Testamentaire vertegenwoordiging dichterbij, WPNR 2018/7178, p. 34-39.

20. Schols, Het ontbreken van de uiterste wil, p. 187.

21. Commentaar bij beginsel 19, alinea 1 over ‘limitations of powers of representatives’. Zie hierover Jansen, De hoogstpersoonlijke rechtshandeling, in het bijzonder de uiterste wilsbeschikking, p. 117.

22. Rb. Midden-Nederland 26 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6455.

23. Hof Arnhem 5 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6574 en HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7882, NJ 2013/378.

24. A.L.G.A. Stille, Herroeping mogelijk door curator van uiterste wilsbeschikking van curanda op grond van machtiging kantonrechter?, WPNR 2015/7067 p. 571-574.

7 Nietigverklaring van een uiterste wil, nog voor de testateur is overleden

Ik acht het goed verdedigbaar dat het ontbreken van een hanteerbare mogelijkheid om een uiterste wil die onder invloed van financieel misbruik tot stand is gekomen spoedig te corrigeren, in strijd is met artikel 1 Eerste Protocol EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM. Stille lijkt de onwenselijkheid van het ontbreken hiervan gelukkig ook in te zien en meent dat indien een onder curatele gestelde als bedoeld in onderhavig geval geen gebruik kan maken van artikel 4:55 BW, een vordering strekkende tot de vaststelling van de nietigheid van de uiterste wilsbeschikking – mits aan alle overige vereisten is voldaan – tijdens leven van de testateur voor toewijzing vatbaar is. Zijns inziens past deze oplossing binnen de bestaande regelgeving. De oplossing is naar mijn mening zeker passender dan de mogelijkheid voor een curator om namens de testateur een uiterste wil die in wezen nietig is te herroepen. Helaas accepteert de kantonrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in het onderhavige geval deze oplossing niet, om zuiver procedureel-technische redenen. Strikt genomen lijkt mij deze uitspraak juist. Het vorderen van nietigheid impliceert dat er iemand moet zijn tegen wie de vordering ingesteld kan worden. Dat was in casu (nog) niet het geval, nu de nalatenschap nog niet is opengevallen. De wet voorziet niet, als bij een huwelijk, in een verzoekschriftprocedure op grond waarvan een uiterste wil al tijdens leven van een persoon kan worden aangetast. Dat neemt niet weg dat zonder een oplossing onrecht voorlopig in stand kan blijven.

8 Waarom een huwelijk wel en een uiterste wil niet?

De meest geschikte oplossing voor het corrigeren van een uiterste wil die onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen, is mijns inziens de nietigverklaring. Daarbij onderken ik dat de nietigverklaring als belangrijk nadeel heeft dat ten behoeve van de wilsonbekwame geen maatwerk geboden kan worden. Bij nietigverklaring van de uiterste wil vererft de nalatenschap volgens de wet of volgens het (eventuele) testament dat vóór het nietige testament is gemaakt. De nietigverklaring heeft alleen ten doel een onrechtvaardige uiterste wil teniet te doen. De rechter hoeft zich dan dus niet te bekommeren om de vraag wie de wilsonbekwame had willen bevoordelen en wie niet, hetgeen ook een voordeel kan zijn. In het lot schuilt (meestal) een zekere rechtvaardigheid. Er zijn situaties denkbaar waarin aanpassing van de uiterste wil wenselijker is, maar dan treden we in een bredere discussie over de vraag in hoeverre vertegenwoordiging bij uiterste wil mogelijk zou moeten zijn. In navolging

van F. Schols ben ik van deze discussie zeker een voorstander. Behoedzaamheid is echter geboden. De materie is te complex om hierover in deze bijdrage een passende denkrichting te geven. De nietigverklaring tijdens leven van een testateur biedt in elk geval een eerste hanteerbare oplossing. Overigens zou ik (voorzichtig) voelen voor een mogelijkheid voor de rechter om binnen zorgvuldig vastgestelde kaders de uiterste wil te wijzigen. De wijziging dient er dan in het kennelijke belang van de wilsonbekwame op gericht te zijn het door misbruik ontstane onrecht teniet te doen. Van vertegenwoordiging is dan dus geen sprake.

De vraag die ik uiteindelijk wil beantwoorden, is in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de wetgever wel toestaat dat een huwelijk tijdens leven van een gehuwde op verzoek van derden (onder wie de eigen kinderen) door de rechter nietig kan worden verklaard vanwege het feit dat de gehuwde wilsonbekwame was, terwijl dit bij een uiterste wil niet het geval is. Om tot een antwoord te komen onderzoek ik de verschillen tussen beide rechtshandelingen. Ik tracht daarbij antwoord te geven op de vraag in hoeverre deze verschillen rechtvaardigen dat aantasting van een uiterste wil tijdens leven van een testateur onmogelijk is.

1. Beide rechtshandelingen worden als hoogstpersoonlijk beschouwd, met dien verstande dat een huwelijk, anders dan een uiterste wil, wel op basis van volmacht tot stand kan komen (ook wel trouwen met de handschoen genoemd). Hiervoor is ministeriële goedkeuring vereist (art. 1:66 BW). Dat de persoonlijkheidsfactor van het aangaan van een huwelijk hoog is, staat buiten kijf. Door het huwelijk ontstaan onder andere aanverwantschap en een recht op levensonderhoud, dat op zichzelf ook als hoogstpersoonlijk kan worden aangemerkt. Het maken van een uiterste wil is naar mijn overtuiging minder persoonlijk dan het aangaan van een huwelijk. Het behelst mijns inziens echter zeker meer dan een eenvoudige economische handeling.²⁵ Het lijkt mij desalniettemin niet dat het persoonlijke karakter van de uiterste wil op zich rechtvaardigt dat aantasting hiervan tijdens leven van de testateur uitgesloten hoort te zijn.
2. Het huwelijk is een meerzijdige rechtshandeling, terwijl van de uiterste wil wordt aangenomen dat sprake is van een eenzijdig ongerichte rechtshandeling. Het huwelijk heeft dus ook gevolgen voor de wederpartij, terwijl de uiterste wil geen wederpartij kent. Dit is, zoals we reeds zagen in de uitspraak van de Kantonrechter Zeeland-West-Brabant in onderhavige zaak, een relevant verschil, dat procedureel-technisch gezien in het huidige recht aan de nietigverklaring van een uiterste wil tijdens leven van een testateur in de weg staat. Het betekent vanzelfsprekend niet dat een wettelijke mogelijkheid om tijdens leven van een

25. F. Schols poneert de prikkelende stelling dat testeren een eenvoudige economische rechtshandeling is, niet anders dan tijdens leven beschikken over eigendom, maar dan onder tijdsbepaling. Zie Schols, Het ontbreken van de uiterste wil, p. 215.

testateur nietigverklaring te verzoeken onwenselijk of onmogelijk is.

3. Anders dan een uiterste wil heeft een huwelijk voor de betrokkenen *onmiddellijk* belangrijke familierechtelijke en vermogensrechtelijke gevolgen. Het kan dus degene die het huwelijk sluit onmiddellijk schaden. Betoogd zou kunnen worden dat een uiterste wil voor de testateur *zelf* geen materiële gevolgen heeft. Hij is immers overleden als de uiterste wil zijn werking krijgt. De nietigverklaring van een uiterste wil zou volgens deze zienswijze dus alleen in het belang van derden zijn, die daarom wel kunnen wachten met hun verzoek tot nietigverklaring tot de testateur is overleden. Deze gedachte verdient nuancering. Is het huwelijk of de uiterste wil tot stand gekomen onder invloed van financieel misbruik, dan ontstaat in beide gevallen een onrechtvaardige situatie, waarvan het naar mijn mening wenselijk is dat deze zo spoedig mogelijk beëindigd wordt. Voor de uiterste wil betekent dit dat onmiddellijk bij het openvallen van de nalatenschap duidelijk is dat het betreffende testament niet geldig is, omdat het niet de werkelijke wil van de testateur weergeeft. Niet alleen de waardigheid van de betreffende testateur is hiermee gemoeid, maar ook het maatschappelijk belang dat voorkomen dient te worden dat onrecht – dat eenieder treffen kan – zich verwezenlijkt. Het bewijs ter zake van de geestelijke gesteldheid van de testateur en het financiële misbruik ten tijde van het testeren kan door het tijdsverloop tussen testeren en overlijden verloren gaan.

Het voorgaande neemt niet weg dat vooral ook degenen die zonder de betreffende uiterste wil zouden profiteren van de vererving belang bij de aantasting van het testament hebben. Het is goed denkbaar dat hun eigenbelang de grootste drijfveer is achter de wens de uiterste wil aan te tasten. Men kan denken aan een materieel belang, maar in een situatie als onderhavige kan ook de hiervoor in paragraaf 4 al genoemde weerzin van de kinderen tegen de nieuwe partner van hun ouder een belangrijke drijfveer zijn. Bij de nietigverklaring van een huwelijk kan deze weerzin zeker ook een rol spelen. Het materiële motief van de kinderen treedt dan minder op de voorgrond dan bij de uiterste wil, omdat het profijt dat zij van de nietigverklaring hebben minder direct is.

4. Het belangrijkste verschil tussen beide rechtshandelingen is wellicht dat een huwelijk en de gevolgen daarvan openbaar zijn, terwijl rondom de uiterste wil geheimhouding wordt betracht. Een uiterste wil is zolang hij geen werking heeft geheim. Dit heeft te maken met zijn hoogstpersoonlijke karakter, met de herroepelijkheid en het feit dat de uiterste wil pas vanaf het overlijden van de testateur werkt. Zou een uiterste wil openbaar zijn, dan zou dit schadelijk kunnen zijn voor de testateur. Ook als de testateur wils-onbekwaam is, kan het openbaar maken van zijn uiterste wil zijn belang schaden. In zijn sociale omgeving kan grote onrust of onenigheid ontstaan als de

uiterste wil een andere inhoud heeft dan men had verwacht of mocht verwachten. Degenen die worden geconfronteerd met een uiterste wil die hun niet welgevallig is, kunnen bijvoorbeeld besluiten de testateur links te laten liggen.²⁶

Inzage in het Centraal Testamentenregister (CTR) door anderen dan de testateur is volgens de hoofdregel alleen mogelijk na zijn overlijden (art. 6 van de Wet op het centraal testamentenregister). Hierop kan wel enige nuancering worden aangebracht. Het bestuur van de KNB heeft vorig jaar besloten dat ook de bij levenstestament gemachtigde en de curator van een testateur inzage in het CTR kunnen krijgen.²⁷ Daarmee hebben deze personen nog geen recht op inzage in de uiterste wil *zelf*. De curator en gemachtigde kunnen aan de inzage wel een belangrijke aanwijzing ontnemen dat het afschrift waarover zij (mogelijk) beschikken de laatste uiterste wil weergeeft. Mocht er sprake zijn van een uiterste wil waarmee zij niet bekend zijn, dan maakt de notaris uiteindelijk de afweging wie daarin (buiten de testateur) inzage krijgt.

De Hoge Raad maakte in het arrest Erven Ouwendijk uit dat de notaris – waar het gaat om afgifte van een afschrift van een herroepen testament van een overledene – een belangenafweging kan maken. Het belang dat een nalatenschap niet vererft door een ongeldig testament kan, afhankelijk van de omstandigheden, zwaarder wegen dan het belang van de geheimhouding van de uiterste wil.²⁸ Mijs inziens kan dit ook gelden als een testateur nog leeft, maar kennelijk niet meer in staat is zijn wil te bepalen, terwijl er geen uitzicht is op verbetering van zijn toestand. In de tuchtrechtelijke procedure rondom de zaak Kooke meende het Gerechtshof Amsterdam dat de kinderen bevoegd waren te klagen over de totstandkoming van het testament van hun vader, hoewel de kinderen formeel gezien geen belanghebbende waren in de zin van artikel 49 en 49b van de Wet op het notarisambt (Wna).²⁹ Het hof meende dat een verwijzing naar het belanghebbendenbegrip van gemelde wetsbepalingen in dit kader te beperkt is. De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het antwoord op de vraag wie als belanghebbende wordt aangemerkt, al worden zij niet met zoveel woorden in de wet genoemd. Volgens het hof waren de klagers kinderen van een hulpbehoevende man over wie zij zich aantoonbaar hebben ontfemd in de afgelopen jaren. Hun betrokkenheid bij

26. Zie ook Schols, Het ontbreken van de uiterste wil, p. 188.

27. J.M. van Anken & R.E. Brinkman, Verrassende vragen over het levenstestament: inzicht in de uiterste wil door inzage in het CTR en het testament, JBN 2016/54. Zie hierover het bericht van de KNB op Notarisnet d.d. 15 april 2016.

28. HR 18 januari 1992, NJ 1982/483, zie hierover P.C. van Es, Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris, in: Meer spreken, minder zwijgen? (preadvies KNB), 2007, p. 72-74. Zie ook F.W.J.M. Schols, Testamentaire vertegenwoordiging, mede in het licht van Canadese ontwikkelingen, WPNR 2010/6836, p. 233, die de vraag bevestigend beantwoordt, om te voorkomen dat met handelingen tijdens leven de uiterste wil wordt gefrustreerd.

29. Hof Amsterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646.

het ziekteproces van de vader, die blijkens de feiten kennelijk ook door de vader was gewenst, droeg eraan bij dat de kinderen ontvankelijk waren in hun klacht. Mijns inziens kan eenzelfde afweging worden gemaakt bij het toestaan van inzage in de uiterste wil. Brinkman en Van Anken verdedigen overigens terecht dat de notaris een afschrift van het laatste testament van een levenstestateur aan de door hem gemachtigde mag afgeven (uiteraard mits hij deze bevoegdheid niet heeft uitgesloten). F. Schols bepleit een inzagerecht van – in ieder geval – de toezichthouder in de (eventuele) uiterste wil, zodat frustratie daarvan tijdens leven zo mogelijk voorkomen kan worden en door de curator of meerderjarigenbewindvoerder namens de rechthebbende gehandeld kan worden in de geest van de regeling of het ontbreken van de regeling.³⁰

Het feit dat een uiterste wil in principe tot het overlijden van een testateur geheim is, rechtvaardigt mijns inziens niet dat deze in schrijnende gevallen, bijvoorbeeld in het geval waarin sprake is van financieel misbruik, niet al vóór het overlijden van een testateur kan worden aangetast.

tateur – en niet dat van de erfgenamen – hoort uiteraard voorop te staan.

9 Tot slot

Al met al meen ik dat wenselijk is dat de wet de mogelijkheid gaat bieden een testament dat onder een wilsgebrek tot stand gekomen is al tijdens leven te corrigeren. Mijn voorkeur voor een eerste hanteerbare oplossing gaat uit naar een verzoekschriftprocedure tot nietigverklaring, vergelijkbaar met die van een huwelijk als bedoeld in artikel 1:69 BW. Er kan ook worden gedacht aan een bevoegdheid tot wijziging door een rechter, onder zekere voorwaarden, met als doel het ontstane onrecht weg te nemen. Van doorslaggevende betekenis voor de rechtvaardiging van deze mogelijkheid is mijns inziens het maatschappelijk belang, dat voorkomen dient te worden dat onrecht dat uit financieel misbruik voortvloeit, zich bij het overlijden van de testateur verwezenlijkt. De beschikking tot nietigverklaring (of wijziging) kan dan worden ingeschreven in het CTR, zodat bij overlijden van een testateur meteen duidelijk is dat de betreffende uiterste wil niet geldig is. Het spreekt voor zich dat een mogelijkheid een testament van een wilsonbekwame tijdens zijn leven aan te tasten zorgvuldig moet worden omkaderd. Zo dient de procedure met waarborgen te zijn omkleed, bijvoorbeeld door als eis te stellen dat op grond van een diagnose van een onafhankelijk arts aannemelijk is dat de betreffende persoon ten tijde van het testen niet in staat was zijn (uiterste) wil te verklaren en dat er concrete aanwijzingen zijn dat sprake was van manipulatie door een persoon die van de uiterste wil profiteert. Deze waarborgen zijn nodig om procedures waarin het belang van de wilsonbekwame niet centraal staat te voorkomen. Het belang van de tes-

30. Zie Schols, Het ontbreken van de uiterste wil, p. 219.